

## **Sachverhalt:**

Die Erstinstanz ist auf die Klage gegen die Beklagte 1 mit der Begründung nicht eingetreten, dass der Erbteilungsklage gegen die mit Erklärung vom 10. Dezember 2000 auf ihre Erbansprüche verzichtende Beklagte 1 das Rechtsschutzinteresse fehle, da die Erbteilungsklage nicht gegen verzichtende Miterben zu richten sei. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger Rekurs. Die Beklagte 1 beantragte die Abweisung des Rekurses, während der Beklagte 2 sich mit dem angefochtenen Entscheid identifizierte. Das Obergericht hat den erstinstanzlichen Entscheid aufgehoben und die Vorinstanz angewiesen, das Verfahren mit allen drei ursprünglichen Parteien fortzusetzen.

## **Aus den Erwägungen:**

«2. a) Die Frage, gegen wen sich die Erbteilungsklage zu richten hat, bzw. ob im konkreten Fall in die Erbteilungsklage auf der Beklagtenseite auch die auf ihren Erbteil verzichtende Miterbin einzubeziehen ist, beschlägt nicht den Themenbereich des Rechtsschutzinteresses, sondern denjenigen der Passivlegitimation (vgl. ZK-Escher, N 4 zu Art. 604 ZGB; BK-Tuor/Picenoni, N3 zu Art. 604 ZGB; Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/2, Piotet, S. 864). Das Fehlen der Passivlegitimation führt aber zur Abweisung der Klage (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 66 zu § 27/28 ZPO). Der Entscheid in der Sache, den eine Klageabweisung zweifellos darstellt, hat in der Form eines Urteils und nicht eines Beschlusses zu erfolgen (§ 188 Abs. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 188 ZPO). Bereits aus diesem Grund wäre der angefochtene Entscheid aufzuheben.

b) Der angefochtene Entscheid ist aber in erster Linie deshalb aufzuheben, weil die Beklagte 1 nach wie vor Erbenstellung in der Erbeingemeinschaft des Nachlasses von X. hat und daher nicht mittels Teilentscheid aus dem Prozess entlassen werden kann. Der Entscheid über das Rechtsbegehren 1 des Klägers, wonach der Nachlass von X. festzustellen und die Erbteilung vorzunehmen sei, muss auch der Beklagten 1 gegenüber Wirkung entfalten, auch wenn ihr dereinst

nichts zugewiesen werden sollte. Die Beklagte 1 erwarb ihre Erbenstellung ipso iure im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin (Art. 560 ZGB; Druery, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 4 N 1 ff.). An dieser Tatsache vermochte auch die Verzichtserklärung der Beklagten 1 an den Kläger vom 10. Dezember 2000, womit sie auf irgendwelche Erbschaftsansprüche verzichtet hat, nichts zu ändern. Diese kann mangels Einhaltung der gesetzlichen Frist- und Formvorschriften (Art. 566 ff. ZGB) offensichtlich nicht als Ausschlagung qualifiziert werden, was denn auch von keiner der Parteien geltend gemacht wurde. Die Beklagte 1 stellt sich aber mit ihrer Rekursantwortschrift auf den Standpunkt, ihre Erklärung vom 10. Dezember 2000 stelle einen Vertrag unter den Miterben über die Abtretung des Erbanteiles gemäss Art. 635 Abs. 1 ZGB dar, was eine subjektive partielle Erbteilung zur Folge habe, weshalb sie aus der Erbengemeinschaft ausscheide. Gegenstand von Art. 635 Abs. 1 ZGB kann - je nach Wille der Parteien - bloss die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf den Liquidations- und das Teilungsergebnis oder aller einzelner Erbenrechte sowie schliesslich die gesamte Erbenstellung sein (vgl. z.B.: U. Kohler, Abtretung von Erbanteilen, Diss. Zürich 1976, S. 121). Die Abtretung hat schriftlich zu erfolgen. Gemäss Art. 13 Abs. 1 OR muss ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Die Abtretung bloss des Liquidations- oder Teilungsergebnis kann demnach auch gültig vorgenommen werden, wenn bloss der Abtretende unterzeichnet, d.h. nur derjenige, der über eine Forderung verfügen will, währenddem die Unterschrift der aus dem Vertrag berechtigten Partei nicht erforderlich ist (vgl. BGE 110 II 161). Die Veräusserung des gesamten Erbanteils mit allen Rechten und Pflichten setzt andererseits eine Vereinbarung zwischen dem veräussernden und dem übernehmenden Erben voraus (Basler Kommentar-Schaufelberger, N 4 zu Art. 635 ZGB). Da die zur Diskussion stehende Verzichtserklärung einzig die Unterschrift der Beklagten 1 - der Rechte abtretenden Erbin also - enthält, kann darin kein gültiger Vertrag zwischen ihr und den übrigen Erben über die Veräusserung des gesamten Erbanteils mit allen Rechten und Pflichten erblickt werden, weshalb die Beklagte 1 in ihrer Erbenstellung verbleibt. An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand, dass die Beklagte 1 mit Schreiben vom 23. November 2000 vom Treu-

händer des Klägers aufgefordert wurde, sich dazu zu äussern, ob sie die Erbschaft von X. antreten oder darauf verzichten wolle, nichts zu ändern. Im Übrigen werden von den Parteien keine weiteren Möglichkeiten geltend gemacht, bzw. sind aus den Akten sowie den erbrechtlichen Gesetzesbestimmungen keine solchen ersichtlich, wie die Beklagte 1 sich ihrer Erbenstellung hätte entledigen können. Mit blosser Desinteresse-Erklärung kann nicht auf die Erbenstellung verzichtet werden. Soweit sich die Vorinstanz in ihren Erwägungen auf BGE 86 II 455 stützt, ist festzuhalten, dass es sich dort nicht um einen mit dem vorliegenden vergleichbaren Fall handelte. Das Rechtsbegehren lautete, es sei festzustellen, dass eine im Gesamteigentum der Parteien stehende Liegenschaft auf klägerisches Begehren hin zu versteigern sei. Grundsätzlich hätte - so stellte das Bundesgericht zu Recht fest - die Teilungsklage, da die Erbengemeinschaft ausser den zwei Klägern noch zehn Personen umfasste, gegen alle diese Miterben gerichtet werden müssen. Da sich indes fünf derselben schriftlich mit dem Rechtsbegehren der Kläger einverstanden erklärten, genügte es vom Standpunkt des materiellen Rechts aus, die anderen fünf Miterben einzuklagen. Vorliegend kann im Unterschied dazu keine Rede davon sein, dass sich die Beklagte 1 mit dem Rechtsbegehren 1 des Klägers (Feststellung und Teilung des Nachlasses) einverstanden erklärte. Da die Beklagte 1 demnach zusammenfassend Erbin der X. ist und bleibt und - wie bereits erwähnt - folglich im Prozess zu belassen ist, ist im Ergebnis der angefochtene Entscheid aufheben. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte 1 im weiterzuführenden erstinstanzlichen Erbteilungsverfahren - natürlich neben der eigenen Beteiligung an den Prozesshandlungen - die Möglichkeiten hat, sich einer Prozesspartei anzuschliessen und dann vorerst auch einfach passiv zu bleiben (vgl. § 39 ZPO) oder zu erklären, sie anerkenne das Urteil, wie immer es ausfalle.»